

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Les obligations de conformité et de garantie des vices cachés en matière informatique

Gobert, Didier; Montero, Etienne

Published in:

Revue Ubiquité. Droit des technologies de l'information

Publication date:

2002

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Gobert, D & Montero, E 2002, 'Les obligations de conformité et de garantie des vices cachés en matière informatique: le contrat au secours des incertitudes légales et jurisprudentielles', *Revue Ubiquité. Droit des technologies de l'information*, Numéro 11, p. 9-32.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Les obligations de conformité et de garantie des vices cachés en matière informatique : le contrat au secours des incertitudes légales et jurisprudentielles*

Didier GOBERT¹ et Etienne MONTERO²

Résumé

Cette contribution met en avant les incertitudes entourant l'application des obligations de conformité et de garantie des vices cachés en matière informatique. L'analyse se limite volontairement au régime juridique dans la vente et le contrat d'entreprise. Elle s'attache à l'articulation entre les opérations de vérification (essais et tests), les réceptions et les garanties (légale et conventionnelle), et souligne l'importance de clauses contractuelles appropriées susceptibles de pallier tant les lacunes de la loi que les hésitations de la jurisprudence.

1 L'obligation de délivrance et de conformité

Sans entrer dans une discussion approfondie des qualifications applicables aux contrats de fournitures informatiques³, on relève qu'il est fréquemment fait référence aux figures juridiques de la vente et du louage d'ouvrage en ce domaine. Si le matériel fait souvent l'objet d'une vente (encore que l'on puisse avoir affaire à un louage de chose ou à une location-

financement), le développement de logiciel sur mesure, le paramétrage d'un logiciel standard et les opérations portant sur la mise en service d'un système complet (ce qui suppose l'accomplissement d'une variété de prestations : livraison de matériel, création de logiciel spécifique, licences d'utilisation portant sur des logiciels standard, assistance technique, con-

* Ce texte a été présenté lors de conférences faites à Bruxelles, aux FUSL, le 4 octobre 2001 et à Mons, aux FUCaM, le 11 octobre 2001, dans le cadre de la 23^e session du recyclage en droit.

1. Assistant au Centre de Recherches Informatique et Droit (CRID, FUNDP, Namur) et consultant en droit de l'informatique (www.dgobert.be).

2. Professeur aux Facultés Universitaires Notre-Dame de la Paix et à l'Université Catholique de Louvain.

3. Pour une telle discussion, voy. E. DAVIO et E. MONTERO, « Aspects contractuels de l'informatisation de l'entreprise », in *Guide juridique de l'entreprise*, 2^e éd., livre 37, Diegem, Kluwer éd. jur. Belgique, 1995, pp. 28 et s. ; E. MONTERO, « Le contrat informatique », *Rép. not.*, t. IX, l. IX, titre I, sect. III (à paraître). Les développements du présent rapport s'appuient, pour une bonne part, sur ces deux publications.

seil, installation et mise en route ...) ressortissent souvent au louage d'ouvrage.

En toute hypothèse, on constate que les contrats de fournitures informatiques visent notamment à mettre des biens informatiques (matériel et/ou logiciel) à la disposition du client (acheteur ou maître de l'ouvrage). Ainsi, qu'il soit vendeur ou entrepreneur, le fournisseur est tenu à une obligation de délivrance⁴.

Il est unanimement admis que cette notion doit s'entendre largement. Elle ne se limite pas à une livraison pure et simple, mais s'accompagne d'une obligation d'installation et de mise en route du système, d'une part, et d'une obligation de conformité, d'autre part.

L'obligation d'installation et de mise en route du système peut se définir comme « l'opération qui fait suite à la mise à disposition du matériel et par laquelle le fournisseur prend toutes les mesures adéquates (câblage, raccordement électrique ...) pour rendre la configuration opérationnelle »⁵. Ainsi, il ne suffit pas au fournisseur de livrer le matériel, mais il doit également monter le système, raccorder les différents éléments, installer le cas échéant les logiciels et faire fonctionner le système complet, en vue, notamment, de procéder aux tests éventuels⁶. Afin de favoriser une bonne collaboration des parties et éviter toute contestation ultérieure, spécialement pour les systèmes complexes, il est important de définir contractuellement cette obligation de livraison.

Bien entendu, on peut admettre que, pour du petit matériel ou des logiciels

standard, les parties restreignent l'étendue de l'obligation, en stipulant que la délivrance se limite à une simple livraison matérielle. A l'inverse, il est fréquent que les contrats conçoivent en termes fort larges l'obligation de délivrance, et détaillent les différentes prestations telles que l'installation technique, le paramétrage, la formation, la reprise éventuelles des données, les premiers tests

La clause dédiée à l'obligation de livraison *au sens strict* peut également rappeler l'obligation de collaboration du client (donner un accès aisé aux locaux, fournir l'ancien système en état de fonctionnement en cas de reprise, mettre le cas échéant du personnel compétent à disposition du fournisseur ...), fixer les délais de livraison et obliger les parties à constater la livraison à l'aide d'un procès-verbal daté et signé par elles (*infra*, III, 1).

Dans le cadre de la clause relative à l'obligation de livraison, nous ne saurions trop insister sur la nécessité pour les parties de déterminer avec précision les accessoires qui se rattachent aux éléments à fournir (*cf.* C. civ., art. 1615). A défaut de clause contractuelle adéquate, la jurisprudence a parfois été amenée à établir ce qui doit être considéré comme un accessoire nécessaire : est nécessaire tout élément ayant une influence déterminante sur la possibilité d'utilisation efficace et complète de l'ensemble de l'équipement. Ainsi, il a été jugé qu'un dispositif d'entraînement pour une imprimante doit être considéré comme un accessoire nécessaire de cette dernière, et fait partie intégrante de l'obligation de délivran-

4. Pour la vente, l'article 1603 du Code civil stipule que le vendeur « a deux obligations principales: celle de délivrer et celle de garantir la chose qu'il vend ». Quant au maître d'œuvre, il est tenu de bien exécuter le travail promis, qui fera l'objet d'une réception par le maître de l'ouvrage.
5. X. THUNIS, « L'environnement physique – La livraison et l'installation », *Le droit des contrats informatiques : principes – applications*, Précis de la Faculté de Droit de Namur, Bruxelles, Larcier, 1983, pp. 237-238.
6. Voy., p. ex., Liège (7^e ch.), 11 février 1993, *J.T.*, 1993, p. 556 ; *D.I.T.*, 1993/4, p. 54, obs. E. MONTERO.

ce⁷. Il en est de même pour la documentation technique du matériel et des programmes, qui doit parfois être rédigée dans la langue de l'utilisateur⁸.

Les codes sources des logiciels conçus et développés sur mesure – conformément aux spécifications du client, pour répondre à ses besoins propres et à son financement – sont généralement considérés comme des accessoires des programmes fournis en code objet. La solution inverse prévaut en matière de logiciels standard. Dans les situations hybrides – progiciels adaptés ou paramétrés, logiciels sur mesure intégrant des parties standard – seules les sources correspondantes aux développements propres seront, le cas échéant, considérées comme des accessoires devant, à ce titre, être communiqués à l'utilisateur⁹. Par contre, on peut difficilement soutenir, nous semble-t-il, que le logiciel d'exploitation, et *a fortiori* un logiciel d'application, constitue un accessoire de l'équipement au motif que le matériel serait inutile sans ce logiciel de base¹⁰.

L'obligation d'installation et de mise en route, qui complète la livraison purement matérielle, se justifie essentiellement par le fait que la délivrance doit rendre possible le contrôle de confor-

mité. En effet, l'obligation de délivrance suppose que la chose livrée soit en tous points conforme à ce qui avait été convenu au contrat¹¹. La conformité fait partie intégrante de l'obligation de délivrance. En cas de non-respect de cette obligation – c'est-à-dire si un vice de conformité est apparent –, le client peut refuser de prendre livraison et d'accepter la chose ou l'ouvrage livré. Par application du droit commun de la responsabilité contractuelle, il peut faire valoir l'*exceptio non adimpleti contractus*¹², ou demander soit l'exécution forcée, soit la résolution judiciaire (accompagnée le cas échéant de dommages et intérêts)¹³. A l'inverse, une fois l'agrément acquise, de manière expresse (signature d'un procès-verbal de réception ...) ou tacite (absence prolongée de réactions, utilisation du programme fourni¹⁴ ou paiement intégral du prix sans émission de réserves), le client est censé avoir renoncé à tous les recours en responsabilité de droit commun du chef de défaut apparent de conformité. Il y aura lieu de s'interroger sur l'éventuelle subsistance de pareils recours en ce qui concerne les défauts de conformité cachés, découverts après la réception-agrément (*infra*, II, 1, d).

Cette obligation de conformité ne doit pas s'entendre comme une simple

7. Comm. Bruxelles, 29 janvier 1988, *R.D.C.*, 1989, p. 281.

8. Paris, 29 mai 1980, *Expertises*, 1980, n° 20, p. 15 ; Dijon, 19 décembre 1991, *Juris-Data*, n° 48379.

9. Pour plus de nuances, E. MONTERO, « La communication des codes sources de logiciels », *Ing.-Cons.*, 1995/5, pp. 60-76. Pour éviter cette solution, de nombreux fournisseurs prévoient une clause de réserve expresse des codes sources.

10. En ce sens, M. VIVANT, C. LE STANC e.a., *Lamy droit de l'informatique et des réseaux*, éd. 2001, p. 628, n° 1060 et 1061.

11. Cf. J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. III, Bruxelles, Bruylant, 1966, n° 663 ; J. LIMPENS, *La vente en droit belge*, Bruxelles, Bruylant, 1960, n° 193.

12. Pour un cas intéressant de mise en œuvre, en matière informatique, de cette exception, voy. Cass. fr. (1^{re} ch. civ.), 19 novembre 1996, *D.I.T.*, 1996/4, p. 29, note J. HUET (en résumé, sauf convention particulière, l'obligation pour l'acheteur de payer le prix de la vente résulte de l'exécution *complète*, par le vendeur, de son obligation de délivrance ; s'agissant d'un système informatique, destiné à l'équipement de plusieurs bureaux (...), les juges du fond ne sauraient condamner le client à payer le prix alors qu'un élément n'avait pas été livré par le fournisseur et que cet élément – un modem d'émulation – était indissociable de l'ensemble du système, puisque nécessaire pour assurer la communication entre divers sites).

13. Cf. Cass. fr. (ch. com.), 25 mai 1993, *Expertises*, n° 165, 1993, p. 349 (résolution d'un contrat de fourniture d'un système informatique car il s'avère que les temps de réponse sont anormalement longs et qu'en conséquence, l'entreprise se trouve dans l'impossibilité d'effectuer correctement les opérations commerciales quotidiennes).

14. Un arrêt de la cour d'appel de Liège a estimé qu'il y avait reconnaissance tacite par l'acheteur de la conformité à partir du moment où, les tests achevés, il commençait à utiliser le système pour encoder les données (Liège, 11 février 1993, *D.I.T.*, 1993/4, pp. 54-56, note E. MONTERO).

obligation de conformité technique (par rapport aux quantités, caractéristiques, performances, spécifications ... explicitement prévues). En effet, en sus de l'obligation de conformité technique, la jurisprudence consacre une obligation de conformité fonctionnelle : il faut que le client obtienne la satisfaction attendue en ce sens que le système doit atteindre les *objectifs* fixés par ce dernier et idéalement définis dans le contrat¹⁵, compte tenu de sa nature et de sa destination¹⁶. Ainsi, il a été jugé que « ne remplit pas son obligation de livrer un objet conforme le fournisseur qui a livré une configuration qui n'apporte pas une solution adéquate au problème de son client, à savoir la gestion des ventes et qui ne s'insère pas de manière rationnelle dans son entreprise »¹⁷.

En matière informatique, surtout s'il s'agit de fournitures complexes, l'appréciation de la conformité n'est pratiquement possible que moyennant une période d'essais et de tests, réalisés conformément à une procédure définie au contrat (*infra*, III, 1).

Dans la mesure où le contrôle de conformité technique et fonctionnelle s'effectue essentiellement en fonction des stipulations contractuelles, soulignons l'importance d'éviter tout flou en cette matière et de définir correctement l'objet du contrat – la chose à livrer ou l'ouvrage à concevoir – tant au regard des caractéristiques techniques attendues que des fonctionnalités à remplir et des besoins à satisfaire¹⁸. Expliquer le contexte dans lequel le système infor-

matique doit s'intégrer n'est jamais superflu. On souligne à cet égard l'intérêt du préambule ou, mieux encore, d'un cahier des charges clair et détaillé, annexé au contrat.

L'obligation de délivrer une chose conforme s'analyse d'ordinaire en une obligation de résultat¹⁹. Ainsi, le seul fait de la non-délivrance ou la délivrance d'une chose non conforme entraîne la responsabilité du fournisseur, sans que le client ait à démontrer une faute dans le chef du fournisseur. Pour cette raison, il est primordial, spécialement pour le fournisseur, de circonscrire précisément les contours de cette obligation. Par ailleurs, rien n'empêche les parties de transformer cette obligation en une obligation de moyens, comme semble l'admettre le tribunal de commerce de Bruxelles : « En prévoyant dans les conditions générales sous le titre *responsabilité des parties*, que le vendeur des logiciels en cause est soumis *de manière expresse à une obligation de moyen*, les cocontractants ont entendu limiter l'étendue des obligations du vendeur, en manière telle que son obligation de livrer une chose conforme à ce qui avait été convenu et qui soit par conséquent notamment exempté d'un vice caché a été définie contractuellement comme une obligation de moyen. Une telle clause est valable »²⁰. Cette solution est heureuse pour les fournisseurs, spécialement en raison de l'interprétation fonctionnelle qui est faite de l'obligation de conformité.

Quand la délivrance doit-elle être accomplie ? Il est conseillé de fixer très

15. M. VIVANT, C. LE STANC e.a., *op. cit.*, pp. 624 et s.

16. Cf. aussi Civ. Bruxelles, 2 mai 1988, *Rev. rég. dr.*, 1989, pp. 510-511, note B. LEJEUNE.

17. Comm. Bruxelles, 7 janvier 1980, *J.C.B.*, 1981, p. 571.

18. Rappelons que le fournisseur est tenu à une obligation de renseignement et de conseil qui l'oblige à s'enquérir des besoins du client et à proposer une solution qui satisfait à ces besoins.

19. D. PHILIPPE, « Les clauses relatives à la garantie des vices cachés », *R.G.D.C.*, 1996, p. 179 et les réf. La jurisprudence française semble moins affirmative, spécialement en matière informatique : voy. *Lamy droit de l'informatique et des réseaux*, éd. 2001, p. 627, n° 1058.

20. Comm. Bruxelles, 11 mars 1992, *J.T.*, 1993, p. 206.

clairement dans le contrat le moment auquel devra se faire la délivrance : le client évitera ainsi de se retrouver dans une situation où il attend désespérément la livraison du fournisseur et, à l'inverse, le fournisseur pourra de cette manière plus facilement inciter le client à procéder à l'agrément une fois la livraison effectuée. Il va de soi que la mise en œuvre de cette obligation peut s'échelonner sur plusieurs étapes : une livraison technique, suivie d'une réception provisoire, elle-même suivie de la réception définitive, l'important étant de définir précisément l'échéancier et l'incidence de tout retard sur les échéances ultérieures.

En pratique, les sociétés informatiques hésitent à s'engager sur des délais précis de livraison et d'installation pour des systèmes un tant soit peu complexes. De nombreux contrats stipulent que la date de livraison est donnée de façon « purement approximative », qu'elle n'a qu'une valeur « indicative » ou encore que « l'équipement sera livré et installé dès que cela sera raisonnablement possible »²¹. L'échéance d'un délai indicatif ne met pas juridiquement le fournisseur en état de retard. L'acquéreur ne peut donc

obtenir ni la mise en possession, ni la résolution du contrat (cf. C. civ., art. 1610), ni des dommages et intérêts (cf. C. civ., art. 1611)²². En pareille hypothèse, le client peut lever toute ambiguïté en mettant le fournisseur en demeure de s'exécuter, une fois dépassé le délai indicatif convenu²³. La mise en demeure fixe au fournisseur un délai dont le dépassement peut être sanctionné sur le fondement des articles 1610 et 1611 du Code civil. Par ailleurs, on considère, en toute hypothèse, que le fournisseur a l'obligation de livrer dans un *délai raisonnable*.

Si le contrat fixe un délai précis de livraison, il s'agit d'un *délai de rigueur*. Dans ce cas, la mise en demeure se produit automatiquement, par la seule échéance du terme²⁴.

On signale enfin que l'acheteur qui invoque un retard dans la livraison alors que le délai était de rigueur doit lui-même agir dans les délais : « La bonne foi devant présider aux relations contractuelles s'oppose à (ce qu'il) se prévale (d'un retard) pour la première fois ... deux ans après avoir accepté la livraison effectuée »²⁵.

21. Par ex., Civ. Bruxelles, 30 juin 1995, *D.I.T.*, 1995/3, p. 38 (livraison de versions successives d'un logiciel sur mesure, qualifiées par la défenderesse de prototypes, comportant des erreurs ; la demanderesse fait grief au fournisseur d'avoir mal étudié ses besoins et méconnu les délais conventionnels stipulés au cahier des charges ; ce dernier fait valoir que la demanderesse a sollicité en cours de contrat des modifications hors cahier des charges, ce qui explique le non-respect des délais, et précise que ces délais avaient été donnés à titre indicatif et prorogés de commun accord. Le tribunal estime que la preuve de ces allégations n'est pas rapportée ; il s'ensuit que la convention est résolue aux torts de la défenderesse) ; Comm. Bruxelles (prés.), 3 août 1994, *Computerr.*, 1995, p. 25 (dépassement de la date de livraison d'un système informatique ; désignation d'un expert, les parties n'étant pas parvenues à un accord).

22. Pour illustration : Paris, 16 janvier 1990, *D.I.T.*, 1991/2, p. 47, note M. ESPAGNON (rejet d'une action en résolution d'un contrat portant sur la fourniture d'un ensemble informatique pour non-respect du délai de livraison au motif que, notamment, « le délai de livraison prévu au contrat n'était pas impératif et ne revêtait pas un caractère substantiel, alors que le client disposait d'un système informatique encore opérationnel »).

23. Cf. X. THUNIS, *op. cit.*, p. 243.

24. Cf. Cass. fr., 19 avril 1988, *D.I.T.*, 1990/1, p. 44, note M. E. (engagement à fournir des programmes standard selon un schéma de livraison convenu sous peine d'indemnité en cas de livraison tardive ; le fournisseur ne peut pas invoquer la nécessité de tester et adapter ses programmes pour justifier un retard). Arrêts similaires : Paris, 15 novembre 1988 et 28 mars 1989, publiés au même endroit.

25. Comm. Bruxelles, 18 février 1980, *Ing.-Cons.*, 1981, p. 224 et note G. VANDENBERGHE.

L'obligation de garantie² contre les vices cachés

La garantie contre les vices cachés est régulièrement invoquée en matière informatique²⁶, en dépit des inconvénients suscités par sa mise en œuvre et ses effets. Après un temps de perplexité²⁷, il est désormais largement admis que la garantie des vices cachés s'applique au logiciel pour couvrir non seulement les défauts du support matériel, mais aussi les erreurs de conception ou de programmation²⁸.

Les hypothèses de recours à la notion de vice caché sont variées²⁹ : lenteur d'exécution d'un programme ; impossibilité de faire jouer certaines fonctionnalités du logiciel ou obtention des résultats promis dans des conditions tellement inconfortables qu'il en résulte une gêne anormale pour l'utilisateur ; utilisation du programme occa-

sionnant des pertes ou des détériorations dans les données faisant l'objet du traitement ; logiciel infecté d'un virus³⁰ ; inadéquation des logiciels aux traitements à réaliser.

Notre intention n'est pas d'exposer l'ensemble des règles relatives à la garantie légale, ni toutes les controverses y relatives³¹. Seules quelques questions retiendront notre attention dans le cadre de la présente contribution.

Pour autant que le contrat informatique puisse être qualifié de vente, l'acheteur bénéficie de la garantie des vices cachés prévue aux articles 1641 et suivants du Code civil. Par ailleurs, sous l'action de la jurisprudence, un régime comparable s'applique au louage d'ouvrage³².

26. Pour des cas d'application : Bruxelles, 13 novembre 1986, *J.L.M.B.*, 1987, p. 178 (vente d'un commutateur affecté d'une erreur de programmation constitutive d'un vice caché au sens des articles 1641 et suivants du Code civil et justifiant la résolution judiciaire prononcée aux torts du vendeur) ; Civ. Bruxelles, 6 mai 1986, *Dr. inform.*, 1987/2, p. 132, note critique E. de CANNART d'HAMALE (contrat de location de matériel informatique affecté d'un vice – lenteur excessive du système – jugé apparent en l'espèce) ; Paris, 20 novembre 1992, *D.I.T.*, 1994/2, p. 29 (les difficultés liées à la connexion de deux ordinateurs par un modem relèvent des vices et défauts de fonctionnement susceptibles d'être couverts dans le cadre de la garantie légale ordinaire du vendeur et sont sans rapport avec les obligations découlant du contrat de maintenance) ; Comm. Bruxelles, 11 mars 1992, *J.T.*, 1993, p. 206 ; *Computerr.*, 1993, p. 154 ; *D.I.T.*, 1994/3, p. 38 (en l'espèce, le tribunal a estimé qu'une banque qui organise un service développant des logiciels, complémentarément à son activité bancaire, doit être considérée comme un vendeur professionnel de logiciels ; à ce titre, elle est présumée connaître les défauts même cachés des logiciels à l'élaboration desquels elle avait participé et qu'elle vendait ; à défaut de démontrer son ignorance invincible du vice, l'article 1645 du Code civil lui est applicable).
27. Se sont prononcés contre l'application de la garantie légale au logiciel, parmi d'autres : H. CROZE et Y. BISMUTH, « Le contrat dit de licence de logiciel », *J.C.P.*, E, 1986, II, 14659, n° 31, p. 126 ; F. TOUBOL, *Le logiciel – Analyse juridique*, Paris, Feduci/L.G.D.J., 1986, p. 136, n° 157.
28. D. DELAVAL, « La responsabilité du créateur de logiciel et ses limites », *Gaz. Pal.*, 1992, p. 4 ; J. HUET, *Responsabilité du vendeur et garantie contre les vices cachés*, Paris, Litec, 1987, pp. 106-107, n°s 118-119 ; C. LAROCHE-VIDAL, « Cette obscure clarté – Un coup de projecteur sur les vices cachés », *Expertises*, n° 155, 1988, p. 124 ; *Lamy droit de l'informatique et des réseaux*, éd. 1999, spéc. p. 607, n° 1071.
29. Cf. les décisions de jurisprudence citées par M. VIVANT, C. LE STANC e.a., *op. cit.*, pp. 633 et s., et par J. HUET, *op. cit.*, n°s 179 et s.
30. Voy. J.P. Ixelles, 21 janvier 1994, *J.J.P.*, 1995, p. 153, note O. LESUISSE ; Cass. fr. (ch. com.), 25 novembre 1997, *D.I.T.*, 1998/1, p. 60, note C. Bui.
31. Cons., parmi d'autres, V. PIRSON, « Les sanctions de la garantie des vices cachés en matière de vente », *R.G.D.C.*, 2001, pp. 416 et s. ; E. MONTERO et X. THUNIS, « La vente », in *Guide juridique de l'entreprise*, 2^e éd., livre 32, Diegem, Kluwer éd. jur. Belgique, 1995, pp. 28 et s. ; P. HARMEL, « Théorie générale de la vente », *Rép. not.*, t. VII, I, 1, éd. 1985, pp. 249 et s.
32. Cass., 18 mai 1987, *Pas.*, 1987, I, p. 1125 ; Cass., 15 septembre 1994, *J.T.*, 1995, p. 68. Pour plus de nuances et une synthèse sur la garantie légale en matière d'entreprise, voy. C. JASSOGNE, « La garantie découlant des contrats d'entreprise : plus de 25 ans d'hésitations en doctrine et jurisprudence ! », *Ann. dr. Liège*, 1988, pp. 251-270 ; P.-A. FORIERS, « La responsabilité de l'entrepreneur après réception – Réflexions à propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 25 octobre 1985 », *Entr. et dr.*, 1988, pp. 261 et s. ; M. VIVANT, C. LE STANC e.a., *op. cit.*, pp. 633 et s.

On examine, tour à tour, le régime de la garantie des vices cachés dans la vente (1.) et dans le louage d'ouvrage (2.)³³.

1. Le régime de la garantie des vices dans la vente

a) Les conditions de fond de l'action en garantie des vices cachés

La garantie des vices cachés suppose que le défaut soit grave, caché et inconnu de l'acheteur et, enfin, antérieur à la vente. Nous commenterons librement certaines de ces conditions.

Tout d'abord, le vice doit présenter une gravité suffisante. Ainsi, l'acheteur doit-il démontrer qu'il constitue un obstacle sérieux au bon usage du matériel ou du logiciel. En matière informatique, cette condition ne sera pas aisément satisfaite dans la mesure où, en raison de la complexité des systèmes, les juridictions ont tendance à tolérer un certain taux d'indisponibilité ou de non-fonctionnement³⁴.

Depuis un arrêt de la Cour de cassation du 18 novembre 1971³⁵, il n'est plus douteux que la chose peut être viciée non seulement si un défaut est inhérent à la chose en sorte qu'il en empêche ou en contrarie l'usage (théorie conceptuelle du vice), mais aussi si la chose, même exempte de tout défaut structurel, est impropre à l'usage auquel, à la connaissance du vendeur, l'acheteur la destine (théorie fonctionnelle du vice). Ainsi, le vice de la chose s'apprécie par rapport à la fonction qu'elle doit remplir. Une telle concep-

tion a pour effet d'étendre considérablement le champ d'application de la garantie des vices cachés. Celle-ci pré-munit dorénavant contre les défauts qui se révèlent précisément à l'usage et qui étaient non apparents à la livraison.

En matière informatique, spécialement pour les logiciels, cela signifie que même si un logiciel fonctionne correctement, la garantie pourrait néanmoins jouer au motif que ce dernier ne correspond pas aux besoins du client ou à l'usage qu'il comptait en faire. Ainsi en est-il, par exemple, de la capacité insuffisante d'une mémoire ou d'un temps de réponse trop long, qui, sans affecter la substance même de l'équipement délivré, empêche le client d'en tirer l'utilité qu'il en attendait. Rappelons toutefois qu'il faudra démontrer au préalable que le vice présente une certaine gravité. A titre d'illustration, il a été jugé que constituait un vice caché une erreur de programme grave et persistante affectant la connexion d'un commutateur de messages télex avec un ordinateur, rendant ainsi le commutateur vendu impropre à son usage, alors que ce dernier était parfait en soi³⁶. Il a également été jugé que la non-conformité d'un système privé de téléphonie (intérieure et extérieure) avec la réglementation relative au monopole de la RTT constituait un vice caché³⁷.

La garantie légale est également conditionnée par la démonstration du caractère caché du vice au moment de l'agrégation. Selon l'article 1642 du Code civil, « le vendeur n'est pas tenu des vices apparents et dont l'acheteur a

33. Dans cette dernière hypothèse, il serait plus exact de parler de « responsabilité pour vices cachés découverts après réception », même si le terme « garantie » est aujourd'hui couramment utilisé en cette matière.

34. Voy. *Lamy droit de l'informatique et des réseaux*, éd. 2001, p. 638.

35. Cass., 18 novembre 1971, *Pas.*, 1972, I, p. 258. Cette jurisprudence a été confirmée à plusieurs reprises : Cass., 19 juin 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 1295 ; Cass., 17 mai 1984, *J.T.*, 1984, p. 566 ; Cass., 8 novembre 1985, *J.T.*, 1986, p. 437.

36. Bruxelles, 13 novembre 1986, *J.L.M.B.*, 1987, p. 178.

37. Civ. Tournai, 12 mars 1987, *J.L.M.B.*, 1987, p. 893.

pu se convaincre lui même ». Ainsi, l'acheteur ne peut se prévaloir de la garantie légale s'il a connaissance des vices ou s'il ne peut légitimement les ignorer. C'est notamment le cas si le vendeur a notifié à l'acheteur le vice et les conséquences de celui-ci sur l'usage de la chose ou si le vice est manifeste, en ce sens que l'acheteur peut le déceler « par un examen attentif, mais normal, immédiatement après la livraison »³⁸. Au surplus, il ne nous semble pas que l'acheteur ait une obligation de se faire assister par un conseil technique dans l'hypothèse où il ne disposerait pas des compétences nécessaires pour vérifier la chose³⁹. Le vice sera donc considéré comme caché si sa découverte exige « des recherches et des vérifications techniques échappant à la compétence d'un profane »⁴⁰, pour autant que l'utilisateur soit profane bien entendu. Pour la Cour de cassation, il convient d'apprécier cet aspect par rapport à la pratique habituelle : « le vice que l'acheteur peut connaître, c'est celui qu'il est en mesure de constater par une vérification conforme à la pratique habituelle »⁴¹. Dans tous les cas de figure, le caractère apparent ou caché du vice est une question de fait, appréciée souverainement par le juge en fonction des circonstances de l'espèce.

b) Le délai de l'action en garantie des vices cachés

Pour bénéficier des effets attachés à la garantie des vices cachés, encore faut-il que l'acheteur introduise son action « dans un bref délai, suivant la

nature des vices rédhibitoires et l'usage du lieu où la vente a été faite » (C. civ., art. 1648).

Le point de départ et la durée du bref délai ne sont pas précisés par la loi. Ils sont donc appréciés, au cas par cas, par le juge. La jurisprudence dominante considère que le délai commence à courir à partir du moment de la découverte du vice par l'acheteur⁴². La durée du bref délai, c'est-à-dire la période pendant laquelle il convient d'introduire l'action, est comprise en moyenne entre 3 et 18 mois selon les hypothèses⁴³.

Par ailleurs, les tribunaux admettent généralement que des pourparlers sérieux suspendent le bref délai, si du moins l'acheteur était disposé à parvenir à un arrangement amiable⁴⁴. Cette solution est d'autant plus opportune qu'en matière informatique, de nombreuses décisions mettent l'accent sur le nécessaire dialogue entre les parties, au titre de leur devoir de collaboration : « Si le fournisseur d'un matériel est tenu d'une obligation de conseil, la mise en place d'un ordinateur de gestion exige un dialogue entre ledit fournisseur et l'utilisateur. Il ne saurait être fait grief à une cour d'appel d'avoir débouté l'acquéreur d'un tel matériel lorsqu'elle constate qu'un tel dialogue n'a pas existé du fait de cet utilisateur »⁴⁵.

En application des principes de loyauté et de collaboration, il n'est pas rare que les tribunaux condamnent les utilisateurs dénonçant trop rapidement

38. Cass., 29 mars 1976, *Pas.*, 1976, I, p. 832.

39. En sens contraire : H. DE PAGE, *Traité*, t. IV, n° 177.

40. Liège, 27 juin 1985, *Jur. Liège*, 1985, p. 497 ; Mons, 24 décembre 1985, *Rev. rég. dr.*, 1987, p. 129.

41. Cass., 29 mars 1976, *Pas.*, 1976, I, p. 852.

42. Cass., 29 janvier 1987, *Pas.*, 1987, I, p. 624 ; Cass., 23 mars 1984, *Pas.*, 1984, I, p. 867. Certaines décisions, que nous ne suivons pas, ont fixé le point de départ du délai à la délivrance de la chose vendue : voy., p. ex., Liège, 8 mai 1992, *Rev. rég. dr.*, 1994, p. 187, note E. MONTERO.

43. O. LESUISSE, note sous J.P. Ixelles, 21 janvier 1994, *J.J.P.*, 1995, p. 156.

44. Liège, 26 mai 1992, *J.L.M.B.*, 1995, p. 251, obs. P. HENRY.

45. Cass. fr., 8 juin 1979, *Bull. civ.*, 1979, IV, n° 186.

le contrat après l'échec des premiers tests. De nombreuses décisions peuvent être épinglées en ce sens :

- « *L'obligation de collaboration de l'utilisateur dans la mise au point des programmes interdit toute dénonciation abusive ou précipitée du contrat* »⁴⁶.
- « *En ce qui concerne la mise en service et l'adaptation de logiciels, on peut admettre qu'un logiciel sur mesure ne fonctionne pas impeccablement dès le départ : les diverses composantes, qui interagissent dans leur multiplicité, peuvent difficilement faire l'objet d'une livraison qui soit avec une certitude absolue exempte de défaut de sorte que leur usage doit inévitablement – du moins au début – engendrer des problèmes* »^{47 48}.

Cela étant, en cas d'échec des pourparlers, l'action doit alors être introduite à bref délai.

Notons que les parties peuvent régler conventionnellement la question du point de départ et de la durée du (bref) délai, sans toutefois raccourcir la durée du délai au point de rendre illusoire l'exercice de l'action⁴⁹. Cette solution conventionnelle permet de lever les incertitudes jurisprudentielles.

Le Code civil ne fournit aucune précision quant à la durée de la garantie légale. Il est évident que la garantie des vices cachés ne peut être éternelle. Elle devrait s'appliquer durant un temps raisonnable, qui soit fonction du type d'objet vendu, de sa durée de vie et de son degré temporel d'usure. Pour la vente de *hardware* ou la conception de logiciel, il nous semble qu'une période de 3 à 5 ans ne devrait pas être dépassée, et qu'un utilisateur ne devrait plus pouvoir invoquer la garantie légale après ces délais. Ceux-ci ne sont pas déraisonnablement courts en comparaison avec la garantie décennale en matière immobilière. Quoi qu'il en soit, si le défaut résulte de l'écoulement du temps (usure, obsolescence ...), l'acheteur devrait échouer dans l'administration de la preuve de l'antériorité.

c) Les sanctions de la garantie des vices cachés

Lorsque les conditions sont réunies, l'acheteur – et lui seul⁵⁰ – peut choisir, comme l'on sait, soit « de rendre la chose et de se faire restituer le prix » (action réhibitoire), soit de « garder la chose et de se faire rendre une partie du prix telle qu'elle sera arbitrée par experts » (action estimatoire). L'acheteur se voit ainsi privé d'une solution plus souple, à savoir obtenir l'exécution forcée en nature (soit la remise en état ou le remplacement de la chose)⁵¹.

46. Civ. Bruxelles, 6 mai 1986, *Dr. inform.*, 1987/2, p. 131.

47. Comm. Courtrai, 14 juin 1996, *Computerr.*, 1997, p. 62.

48. En jurisprudence française, mentionnons : Cass. fr., 2 novembre 1993, *D.I.T.*, 1994/3, p. 18 (« Attendu que l'arrêt retient que les insuffisances dénoncées par l'acheteur en ce qui concerne l'installation du matériel sont d'autant moins sérieuses que la rupture du contrat intervenue peu de jours après la livraison a été prématurée au regard de la mise au point à réaliser ») ; Paris, 3 décembre 1976, *J.C.P.*, 1977, II, 19579 (« La bonne utilisation d'une telle machine implique une certaine période de rodage et d'installation. L'utilisateur qui a connu des difficultés dues à des incidents de fonctionnement pendant cette période et qui prétend solliciter la résolution de la vente fait preuve d'une impatience et d'une précipitation blâmables »).

49. Les clauses suivantes poseraient problème par exemple : « L'action doit être intentée dans les 24 heures de la découverte du vice » ou « L'action doit être intentée immédiatement après la découverte du vice ».

50. C'est à tort que certains juges refusent d'accueillir l'action réhibitoire, consentant tout au plus à une diminution du prix, au motif que le défaut invoqué ne serait pas suffisamment grave pour justifier la résolution de la vente. Si le vice n'a pas une gravité suffisante pour entraîner la résolution, il ne peut pas justifier non plus une réduction du prix.

Cette souplesse est pourtant la bienvenue dans le domaine informatique où la phase précontractuelle est souvent longue et délicate avant d'aboutir au choix d'une solution informatique satisfaisante et à sa mise en œuvre. Revenir à la case départ, par la résolution du contrat, ou obtenir une diminution du prix, tout en restant avec un système inutilisable ou à tout le moins défectueux, n'est jamais un dénouement heureux. D'où l'intérêt de prévoir contractuellement la possibilité de réparations, remplacements, corrections d'erreurs, etc., ce qui se fait généralement dans le cadre d'une garantie conventionnelle ou d'un contrat de maintenance.

L'acheteur insatisfait peut encore aspirer à plus. S'il parvient à établir que le vendeur connaissait les vices de la chose, les effets de la garantie s'en trouveront élargis en ce sens que l'acheteur pourra obtenir la réparation intégrale du préjudice subi (C. civ., art. 1645) et l'invalidation des clauses d'exclusion de la garantie (C. civ., art. 1643). Et l'on sait que la jurisprudence – Cour de cassation en tête – assimile d'office le vendeur professionnel au vendeur qui connaissait les vices de la chose⁵¹. En d'autres termes, elle fait peser sur lui une stricte obligation de connaissance et d'élimination des vices, de sorte qu'il est tenu de réparer intégralement les conséquences dommageables, sans pouvoir invoquer à son profit une clause restrictive de res-

ponsabilité, à moins de prouver son ignorance invincible du vice.

d) La délicate frontière entre l'obligation de délivrance et l'obligation de garantie

Il est à remarquer que la définition fonctionnelle du vice caché met à mal la distinction entre vice de conformité et vice caché, entraînant du même coup un rapprochement entre les obligations de délivrance conforme et de garantie des vices cachés. En effet, l'élargissement de la notion de vice caché multiplie les hypothèses où le défaut de la chose vendue est susceptible de tomber dans le champ d'application de l'obligation de garantie. Celle-ci est désormais susceptible de jouer afin de couvrir des défauts qui tiennent plutôt à l'identité ou à la conformité de la chose⁵².

En matière informatique, il est d'autant plus malaisé de déterminer le domaine respectif de la non-conformité et du vice caché que l'obligation de conformité est conçue en termes fort larges, dans une perspective non seulement technique, mais aussi fonctionnelle. Etant donné la similitude de conception du vice de conformité et du vice caché, il en résulte qu'un même défaut peut donner lieu à deux types de recours, dont les régimes sont sensiblement différents. L'hypothèse est loin d'être exceptionnelle en matière informatique. En effet, il n'est pas exclu

51. Telle est du moins l'opinion de la doctrine et de la jurisprudence dominantes (cf. P. WERY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires*, Collection scientifique de la Faculté de Droit de Liège, Bruxelles, Kluwer, 1993, pp. 209-211, n° 152 ; en jurisprudence, voy. Liège, 16 septembre 1996, *Rev. rég. dr.*, 1996, p. 583 ; *contra* : Bruxelles, 6 octobre 1975, *J.T.*, 1975, p. 696). Néanmoins, certains auteurs ont tenté d'accréditer l'idée que l'acheteur est fondé à réclamer la remise en état de la chose viciée (à cet égard, voy. W. VAN CAUWELAERT, « Verborgen gebreken bij koop : actiemogelijkheden voor de koper », note sous Comm. Louvain, 16 novembre 1979, *R.V.*, 1980-1981, col. 204-207). En revanche, doctrine et jurisprudence s'accordent généralement pour dénier à l'acheteur le droit de réclamer le remplacement de l'objet vendu (voy. les réf. citées par P. WERY, *op. cit.*, pp. 210-211, n° 152). Pour un examen récent de la question, V. PIRSON, *op. cit.*, pp. 416 et s., spéc. n° 23, et les réf.

52. A ce sujet, voy., notamment, B. DUBUISSON, « Quelques réflexions sur la présomption de mauvaise foi du vendeur professionnel », *Ann. dr. Louvain*, 1988/2, pp. 147-210, et les réf.

53. T. BOURGOIGNIE, « Le traitement des produits défectueux », *J.T.*, 1976, p. 506 ; E. MONTERO, « Conformité et garantie contre les vices cachés dans la vente de produits informatiques », note sous Liège, 8 mai 1992, *D.I.T.*, 1994/1, p. 50.

qu'en dépit des tests et essais précédant d'ordinaire la réception (définitive) du système, des défauts de conformité apparaissent ultérieurement : inaptitude du logiciel à réaliser certains traitements, à remplir certaines fonctionnalités attendues, obtention des résultats escomptés dans des conditions excessivement inconfortables ...

Ce chevauchement des actions en responsabilité du chef de non-conformité et en garantie contre les vices cachés s'impose-t-il nécessairement ? Au demeurant, est-il un mal en soi ou, au contraire, un avantage pour l'acheteur qui dispose ainsi d'une pluralité de recours ?

Certains auteurs restent attachés à la notion de vice intrinsèque et regrettent l'adoption par la Cour de cassation de la conception du vice caché fonctionnel⁵⁴. Dans leur esprit, cette évolution n'était nullement nécessaire en vue d'une meilleure protection de l'acheteur après agréation de la chose. En effet, pour eux, l'agréation ne fait pas obstacle aux actions en responsabilité contractuelle de droit commun dès lors qu'un vice de conformité était caché au moment où elle fut prononcée. Caché par hypothèse, le vice est censé avoir échappé à l'acheteur au moment de l'agréation en sorte qu'il ne saurait être couvert par cette dernière. Il conserverait dès lors tous ses recours du chef de non-conformité, l'agréation couvrant uniquement les vices apparents, sans préjudice de l'action en garantie des vices cachés au cas où un vice intrinsèque est découvert après

agréation. Il résulte de cette critique de la théorie fonctionnelle du vice que celle-ci devient sans objet, d'une part, et que tout concours d'actions est évité, d'autre part. En effet, soit la chose est affectée d'un vice intrinsèque (découvert après agréation) et l'on est dans le domaine de la garantie, soit elle est exempte de tout défaut intrinsèque, mais n'est pas conforme aux stipulations contractuellement prévues et aux attentes de l'acheteur et, dans ce cas, on est en présence d'un défaut de conformité non apparent qui ressortit au domaine de l'obligation de délivrance.

Force est néanmoins d'admettre que la Cour de cassation, et les juridictions de fond à sa suite, adhèrent à la théorie fonctionnelle du vice. D'où notre seconde question qui peut être formulée autrement : existe-t-il des « arguments décisifs qui empêcheraient qu'un même fait dont se plaint l'acheteur puisse donner ouverture à une action à multifondements juridiques »⁵⁵, en l'occurrence l'obligation de délivrance et la garantie des vices cachés ?

A notre avis, l'agréation met nécessairement fin à l'action en non-conformité, à laquelle succède la garantie des vices. En d'autres termes, une fois l'agréation prononcée, l'obligation de délivrance est considérée comme exécutée et l'acheteur est censé avoir renoncé à tout recours ultérieur portant sur la non-conformité, *celle-ci fût-elle cachée au moment de l'agréation*. L'adoption de ce critère chronologique s'impose, nous semble-t-il, dans le sys-

54. L. SIMONT, « La notion fonctionnelle du vice caché : un faux problème ? », in *Hommage à René Dekkers*, Bruxelles, Bruylant, 1982, pp. 331 et s. ; P.-A. FORIERS, « Les contrats commerciaux – Chronique de jurisprudence (1970-1984) », *R.D.C.*, 1987, p. 41, n° 62.

55. C. JASSOGNE, « La garantie découlant de la vente : principes et clauses particulières », *Ann. dr. Liège*, 1988, p. 439. Cet auteur répond négativement à la question posée.

tème du vice fonctionnel adopté par la Cour de cassation⁵⁶. La solution découle de la volonté du législateur déposée dans les articles 1641 et suivants du Code civil. En d'autres termes, dès l'instant où un défaut (caché !) est découvert après la réception-agréation, il relève du régime de la garantie des vices cachés, et de lui seul. Comme le souligne, à juste titre, A. MEINERTZ-HAGEN-LIMPENS, il n'y a pas « un vrai problème de conflit d'actions mais un débat centré sur la définition même du vice »⁵⁷.

Cette solution n'est pas sans conséquences, qui tiennent essentiellement à la différence de régime entre les deux actions. En effet, les actions attachées à l'obligation de délivrance semblent plus avantageuses pour l'acheteur que l'action en garantie des vices cachés. Or une fois l'agréation acquise, ce dernier dispose désormais de ce seul dernier recours. Cela signifie, d'une part, qu'il doit prouver que toutes les conditions de la garantie sont réunies, d'autre part, qu'il ne disposera que de sanctions limitées et souvent peu appropriées en matière informatique (résolution de la vente ou diminution du prix, sans préjudice des éventuels dommages et intérêts complémentaires).

Remarquons d'emblée que l'obligation de délivrance s'analysant généralement en une obligation de résultat, le risque de la preuve pèse sur le vendeur, alors qu'il appartient à l'acheteur de démontrer que les conditions de la garantie des vices sont remplies.

Pour ce qui est des conditions, l'exigence d'un défaut présentant une certaine gravité peut poser problème. Le fait que certaines fonctionnalités mineures ne soient pas assurées par un logiciel ne répond pas nécessairement à cette condition, alors que ce type de défauts aurait pu faire l'objet de l'action en non-conformité. De plus, il faut que le vice soit caché et non connu de l'acheteur. Cette condition est assez relative en ce sens que l'appréciation du caractère apparent ou caché du vice sera plus sévère dans le cas d'un acheteur professionnel, spécialisé en la matière⁵⁸. Ainsi, si un utilisateur n'a pas décelé le vice au moment de la réception définitive, faute de tests suffisants par exemple, mais que le juge estime qu'il aurait dû les connaître, il se retrouvera démuné de ce recours⁵⁹. Par ailleurs, les actions de droit commun sont prescrites après 30 ans (C. civ., art. 2262), sans qu'aucun délai pour agir ne soit légalement prévu (comparable au « bref délai » de l'art. 1348 C. civ.), sous réserve toutefois d'une probable agréation tacite lorsque l'acheteur tarde à protester. Enfin, comme déjà souligné plus haut, les sanctions offertes par le droit commun (exécution forcée, réparation, remplacement ...) sont plus souples que celles de la garantie des vices cachés, ce qui est particulièrement appréciable en matière informatique.

Cela étant, l'ensemble du propos doit être tempéré dans la mesure où les dysfonctionnements des systèmes informatiques sont généralement résolus,

56. En ce sens, A. MEINERTZ-HAGEN-LIMPENS, « La vente : erreur, non-conformité et vices cachés », *R.G.D.C.*, 1993, pp. 197 et s., spéc. p. 213 et la conclusion ; J. GHESTIN et B. DESCHE, *Traité des contrats - La vente*, Paris, L.G.D.J., 1990, p. 822, n° 763. Dans un arrêt du 19 juin 1980 (*J.T.*, 1980, p. 616), la Cour de cassation confirme que le vice ne doit pas être inhérent à la chose et précise qu'un défaut de *conformité* qui ne peut s'apprécier qu'après l'utilisation du matériau répond à la notion de vice caché au sens des articles 1641 et suivants du Code civil (nous soulignons).

57. *Op. cit.*, p. 213.

58. J. GHESTIN, *Conformité et garanties dans la vente*, Paris, L.G.D.J., 1983, n°5 5 et s.

59. A cet égard, nous ne saurions trop insister sur l'importance des tests.

d'abord, au titre de la garantie conventionnelle de bon fonctionnement (*infra*, III, 2), ensuite, dans le cadre d'un contrat de maintenance autonome⁶⁰. Ainsi, la plupart des difficultés évoquées sont souvent occultées par ces pratiques contractuelles conformes aux usages professionnels en la matière.

2. La garantie des vices cachés en matière d'entreprise

Dans le cadre d'un louage d'ouvrage, le maître de l'ouvrage conserve pareillement le droit de mettre en cause la responsabilité de l'entrepreneur s'il découvre un défaut non apparent au moment de la réception (définitive) de l'ouvrage. Cette solution est naturellement applicable aux contrats de fournitures informatiques qui ressortissent au louage d'ouvrage. Elle repose sur une interprétation de la volonté probable des parties, et plus précisément du maître de l'ouvrage. Comment lui attribuer l'intention d'agréer l'ouvrage et de renoncer à toute action en réparation à propos de défauts qu'il ignorait et n'aurait pu déceler au moment de la réception-agrégation ? En toute logique, l'agréation ne peut couvrir que les défauts de conformité apparents, et non ceux que le maître de l'ouvrage ignorait et pouvait légitimement ignorer. Si son erreur est excusable, on peut tenir qu'elle vicie l'acceptation en sorte qu'il est fondé à rechercher la responsabilité du fournisseur-entrepreneur. Naturellement, il doit s'agir de défauts suffisamment sensibles, c'est-à-dire tels qu'il n'aurait pas agréé, et la responsabilité du maître d'œuvre ne sera engagée que si un dommage en résulte.

A défaut de garantie légale des vices cachés organisée par le Code civil pour l'ensemble des contrats d'entreprise⁶¹, la jurisprudence retient néanmoins une *responsabilité* pour vices cachés décelés après réception et imputables à la faute du maître d'œuvre.

Mais il y a plus. En effet, la jurisprudence tend, par divers biais, à dépasser, au plan de la garantie des vices cachés, le clivage établi par le Code civil entre la vente et l'entreprise, rapprochant ainsi ces deux figures juridiques. Plusieurs décisions en témoignent dans des contextes où, non sans ambiguïté, la garantie des vices cachés de la vente est sollicitée pour couvrir la *mauvaise exécution de prestations de services* dues dans le cadre de la vente ou dans son prolongement. Ainsi, la garantie des vices cachés de la vente a parfois joué dans des hypothèses où c'est l'exécution du contrat qui est jugée défectueuse, sans défaut caché du produit proprement dit⁶². D'autres arrêts font application de la même garantie pour un défaut affectant une prestation défectueuse, non dans l'opération de vente elle-même, mais dans le service après-vente⁶³.

Par ailleurs, la présomption d'aptitude du professionnel à la découverte des vices, dégagée par la doctrine et la jurisprudence dans le champ de la vente, a envahi le domaine du louage d'ouvrage, spécialement lorsque la prestation de service s'accompagne de la fourniture d'un produit ou s'y ordonne, hypothèses fréquentes en matière de fournitures informatiques.

60. Sur ce contrat, que nous n'abordons pas dans le cadre de la présente étude, voy. E. MONTERO, *op. cit.*, *Rép. not.*, t. IX, I. IX, n^{os} 62 à 73 (à paraître) ; E. DAVIO et E. MONTERO, *op. cit.*, pp. 54-59 ; G. DEWULF, M. SCHAUSSE et R. LESUISSE, *La maintenance de logiciel - Aspects juridiques et techniques*, Cahiers du CRID, n^o 3, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1989.

61. Pour rappel, la garantie décennale qui existe en matière d'entreprise immobilière couvre aussi bien les vices apparents que les vices cachés pendant une période de 10 ans après réception.

62. Cass., 6 mai 1977, *R.C.J.B.*, 1979, p. 162 et note M. FALLON, « La Cour de cassation et la responsabilité liée aux biens de consommation ».

63. Cass. (1^{re} ch.), 28 février 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 794 ; *J.T.*, 1981, p. 240, obs. M. FALLON ; *R.C.J.B.*, 1983, p. 223, note J.-L. FAGNART.

Plusieurs décisions font état d'une présomption de mauvaise foi du maître d'œuvre⁶⁴. Certains arrêts de cours d'appel vont jusqu'à estimer que l'existence d'un vice révèle le dol de l'entrepreneur pour avoir omis de notifier le vice qu'il était censé connaître en vertu de la présomption d'aptitude à déceler les vices⁶⁵.

Cette analyse nous paraît aller trop loin : le dol est une malhonnêteté, une faute volontaire doublée de la conscience qu'un dommage peut en résulter et de l'acceptation de ce risque⁶⁶ ; par conséquent, le dol doit toujours être dûment prouvé, cette exigence entraînant par ailleurs le refus de l'assimilation, par principe, du dol à la faute lourde⁶⁷. S'il est possible d'en prouver l'existence par présomptions, il s'agit de présomptions de l'homme, concrètes, déduites des circonstances de la cause, et non d'une présomption de principe déduite de façon automatique de la présomption d'aptitude à la découverte des vices⁶⁸. Il est donc abusif de présumer la mauvaise foi ou le dol.

La seule portée de la présomption d'aptitude à la découverte des vices est, à notre sens, de faciliter la preuve d'une négligence, plutôt que celle d'un dol⁶⁹. Si pareille présomption est de nature à permettre une mise en cause plus aisée de la responsabilité du maître d'œuvre, elle s'oppose, par contre, à une présomption de faute

intentionnelle, ou de mauvaise foi. Elle n'est donc pas susceptible de justifier, comme en matière de vente professionnelle, une invalidation systématique de toute exonération de responsabilité. En réalité, les articles 1643 et 1645 du Code civil résultent d'une application à la vente des effets de la mauvaise foi (ou du dol) sur l'étendue de la réparation due et la validité des clauses restrictives de responsabilité. Mais on ne retrouve pas de dispositions équivalentes en matière d'entreprise. Par ailleurs, contrairement au vendeur (sous réserve de la vente de chose future), l'entrepreneur ne peut être censé connaître les vices de la chose au moment où il contracte car celle-ci est encore à réaliser. C'est donc sur la base du droit commun des clauses restrictives de responsabilité que celles-ci devront être combattues au cas par cas : dol ou mauvaise foi *constatée*, faute lourde *constatée* (à moins qu'elle soit expressément visée par la clause), atteinte à une obligation essentielle du contrat ...⁷⁰.

Enfin, on peut s'interroger sur la durée du délai d'intentement de l'action pour vices cachés en matière d'entreprise, une fois que le vice est découvert. La jurisprudence a énoncé à plusieurs reprises que la notion de « bref délai », propre à la vente, n'était pas applicable. Il n'empêche que l'existence d'une disposition particulière peut être révélatrice d'un principe plus

64. Liège, 4 octobre 1977, *Jur. Liège*, 1977-1978, p. 137 ; Civ. Nivelles, 18 avril 1978, *J.T.*, 1978, p. 419 ; Anvers, 24 novembre 1978, *J.C.B.*, 1979, p. 59.

65. Mons, 8 octobre 1990, *J.T.*, 1991, p. 584, note P. RIGAUX ; Liège, 22 février 1988, *J.L.M.B.*, 1988, p. 1276, obs. R. DE BRIEY.

66. Cf. Cass., 27 janvier 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 92.

67. Cass., 7 mars 1988, *J.T.*, 1989, p. 110 ; Cass., 18 mai 1987, *Pas.*, 1987, I, p. 1125 ; Cass., 25 septembre 1959, *J.T.*, 1960, p. 114, obs. J.-J. ROTHIER ; Cass., 25 avril 1958, *Pas.*, 1958, I, p. 944.

68. En ce sens, M.-A. et Ph. FLAMME, *Le contrat d'entreprise - Quinze années de jurisprudence (1975-1990)*, Bruxelles, Larcier, 1991, n° 17 ; P. RIGAUX, *Le droit de l'architecte*, Bruxelles, Larcier, 1993, p. 424, n° 452.

69. En ce sens, Y. HANNEQUART, « Réflexions générales », in « Droit de la construction », *Act. dr.*, 1992, pp. 433-490, spéc. p. 449.

70. Pour une synthèse récente des limites assignées par la jurisprudence à la validité des clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité, voy. E. MONTERO, « Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité - Rapport belge », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles - Etudes de droit comparé*, M. FONTAINE et G. VINEY (dir.), Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 2001, pp. 393-434.

général, non exprimé comme tel, mais susceptible de recevoir d'autres applications. Telle semble être, *in casu*, la position de la Cour de cassation, exprimée notamment dans un arrêt du 8 avril 1988 : « Le juge constate en fait et, partant, souverainement si l'action résultant de vices cachés a été intentée en temps utile »⁷¹.

Quant à la durée de la responsabilité pour vices cachés en matière d'entreprise, il serait curieux que l'action puisse être intentée pendant un délai maximum de 10 ans pour des vices particulièrement graves en matière immobilière, alors qu'elle pourrait être introduite pendant un délai plus long en matière mobilière pour des vices, le cas échéant, moins graves. A l'instar de ce que nous avons proposé en matière de vente, il nous semble qu'elle devrait s'appliquer durant un temps raisonnable, qui tienne compte du type d'objet conçu, de sa durée de vie et de son degré temporel d'usure. Ainsi, en matière informatique, un utili-

sateur ne devrait plus pouvoir invoquer la responsabilité pour vices cachés au-delà d'une période de 3 à 5 ans. Cela étant, la souplesse de l'exigence d'intentement de l'action « en temps utile » permet sans doute d'obvier à des solutions qui ne manqueraient d'apparaître déraisonnables⁷².

Reste à observer que la jurisprudence publiée ne fournit pas de décisions permettant d'illustrer les principes exposés. Il faut bien constater, ici aussi, que nombre de dysfonctionnements et avatars des systèmes informatiques sont réglés, soit lors des opérations de vérification (tests et essais) précédant les réceptions, soit au titre de la garantie conventionnelle, soit dans le cadre d'un contrat de maintenance. Quant aux litiges, s'ils ne sont pas inexistants, il faut conclure que les parties privilégient d'ordinaire la négociation et l'arrangement amiable plutôt que la voie contentieuse. C'est dire l'importance des clauses destinées à organiser les opérations de vérification, les réceptions et la garantie.

L'intérêt des clauses contractuelles



L'examen du régime juridique des obligations de délivrance, de conformité et de garantie des vices cachés montre que nous nous trouvons sur un terrain mouvant. Non seulement des nuances existent suivant que le contrat soit qualifié de vente ou d'entreprise, mais, en outre, les solutions font l'objet de controverses en doctrine et en jurisprudence.

Ainsi, la durée de la garantie légale n'est pas fixée par la loi. Il en est de même pour le point de départ du « bref

délai » en matière de vente. En matière d'entreprise, le devoir d'agir « en temps utile » peut être perçu comme une source d'insécurité juridique. Par ailleurs, la conception fonctionnelle retenue par la jurisprudence en ce qui concerne tant la notion de conformité que celle de vice caché invite les parties à formuler leurs attentes/engagements de la manière la plus précise (définition des performances du matériel ou des logiciels, détermination des modalités de la délivrance et des accès ...).

71. Cass., 8 avril 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 921 ; *Entr. et dr.*, 1989, p. 301. Voy. aussi Cass., 15 septembre 1994, *J.T.*, 1995, p. 68.

72. En ce sens, voy., parmi d'autres, Y. HANNEQUART, *op. cit.*, p. 439.

Le contrat, qui est l'outil d'expression et de régulation du projet informatique, permet de préciser utilement ces différents points. Il va de soi que ces clauses contractuelles revêtent une importance capitale.

1. Les clauses relatives au contrôle de conformité et à la réception

On l'a vu, il incombe au fournisseur de délivrer une chose conforme à ce qui a été convenu entre les parties. Une fois la délivrance accomplie, le client procède logiquement à l'agrément ou réception, qui peut se définir comme la reconnaissance expresse ou tacite de ce que la chose livrée est (ou en tout cas paraît) en tous points conforme aux spécifications contractuelles et est exempte de vices apparents. Dès ce moment, le client est censé avoir renoncé à tous les recours du chef de non-conformité. Encore faut-il déterminer le moment de cette réception !

En pratique, le contrôle de conformité s'opère par le biais de tests et d'essais plus ou moins complexes. La réalisation de ceux-ci mène peu à peu à la réception. Cette dernière apparaît comme l'aboutissement d'un projet informatique. Elle est le « cœur » de nombreux conflits liés à une fourniture informatique. Négliger cette étape ne pardonne pas. Oublier d'aménager contractuellement, de manière schématique ou élaborée suivant le cas, une procédure de réception ou laisser place à l'imprécision ou à l'ambiguïté peut être à l'origine de bien des vicissitudes. Il est primordial de définir les divers points qui font l'objet de ce contrôle de conformité, sans oublier les besoins de l'utilisateur. Plus le contrat est complet, moins le juge pourra se permettre de sortir du champ de l'*instrumentum* pour

apprécier la conformité.

Dans les contrats qui ont pour objet la fourniture de matériel informatique ou d'un logiciel standard, il est fréquent qu'une réception unique intervienne à l'issue d'un contrôle de conformité généralement sommaire. Par ailleurs, il arrive que l'objet du contrôle soit défini de manière limitative, au sens où il suffit que le bien livré soit conforme à la documentation fournie, le client n'étant pas en mesure ou ayant peu d'intérêts à négocier autre chose. Cette seule réception suffit à constater la conformité, les éventuels défauts cachés relevant alors de la garantie légale ou de la possible garantie conventionnelle. La clause relative à la réception unique peut être libellée comme suit :

« Le prestataire livre le produit sur son support et avec la documentation qui lui est associée, au lieu et à la date de livraison prévus dans la commande. Le client dispose d'un délai de X jours à compter de la livraison pour informer le prestataire de toute anomalie qui serait constatée sur le produit. Passé ce délai, le produit est réputé conforme aux spécifications décrites dans la documentation ».

Par contre, dans les contrats informatiques de plus grosse envergure, on recourt fréquemment à la technique de la double réception : l'une provisoire et l'autre définitive. De plus, il n'est pas rare que ces deux réceptions soient précédées d'une étape de livraison matérielle ou d'installation technique⁷³. En effet, pour les contrats de développement de logiciel sur mesure ou de fourniture d'un système informatique complexe, il est nécessaire de consacrer une période, plus ou moins longue et complexe, de démarrage, d'essais, de tests et le cas échéant, de mises au

73. Ceci n'exclut pas que, dans certains contrats, la livraison matérielle puisse se confondre avec la réception provisoire.

point, pour pouvoir procéder à un contrôle sérieux de conformité.

La première étape consiste en une simple livraison matérielle, ou plus exactement, en une installation technique. Il est important de déterminer avec précision le contenu de cette livraison matérielle et les délais pour ce faire. Par ailleurs, il peut être utile d'assortir de pénalités le non-respect des délais. Cette première étape peut aussi nécessiter quelques tests préalables, relativement sommaires. La clause d'installation technique peut être libellée comme suit :

« L'annexe reprend la liste des logiciels à installer sur le système informatique. L'installation (installation technique, paramétrage, reprise des données et tests) est réalisée selon l'échéancier et les modalités fixés à l'annexe. L'installation est réputée terminée lorsque les logiciels sont en état de fonctionner sur l'équipement et est constatée par un procès-verbal daté et signé par les parties. A ce moment, le fournisseur remet au client les logiciels sur un support approprié et toute la documentation utilisateur nécessaire.

Le client s'engage à fournir gratuitement le temps machine et le personnel nécessaires aux prestations (notamment paramétrage et tests) du fournisseur, et ce, dans les limites du raisonnable. »

Une fois l'installation technique terminée, il convient de procéder à divers tests en vue de vérifier que le système est conforme aux critères de performance et de sécurité ainsi qu'aux fonctionnalités convenus. A cet effet, le contrat prévoira utilement l'élaboration de jeux de tests et déterminera la partie tenue de les élaborer (fournisseur ou client). En toute hypothèse, le client est tenu de collaborer et de communiquer les renseignements utiles à cette fin. Ces jeux de tests doivent être suffisam-

ment nombreux et variés pour pouvoir mettre à l'épreuve un maximum de fonctionnalités et vérifier le respect des critères de performance et de sécurité. Il convient de préciser la partie responsable de la réalisation des jeux de tests et selon quelle procédure ils sont mis en œuvre (délai, lieu, collaboration du personnel du client ...). Il y a lieu également de déterminer les conséquences résultant de la constatation d'anomalies (dans quel délai ces anomalies doivent-elles être réparées ?, la réception provisoire est-elle automatiquement reportée ?, etc.). Enfin, il est à recommander la rédaction d'un compte rendu de tests signé par les deux parties afin de garder des traces, bien utiles en cas de contestations au moment de la réception. Remarquons que cette première série de tests est généralement effectuée en dehors de l'environnement de production pour éviter toute dégradation des données du client.

La réalisation des différents tests doit mener peu à peu à la réception provisoire. Celle-ci n'a pas ou peu d'effets juridiques : elle a pour seul but de constater la bonne installation du système et la réalisation de certains tests. Suivant la volonté et/ou les rapports de force entre les parties, plusieurs formules sont possibles. Le contrat peut prévoir que, indépendamment de toute réception formelle, celle-ci est réputée acquise dès la mise en service du système dans l'environnement de production ou X jours après l'installation technique, sauf contestation du client.

Même si la réception provisoire a peu d'effets juridiques, une telle présomption contractuelle n'est pas sans importance dans la mesure où elle constitue généralement le point de départ du délai menant à la réception définitive. Le contrat peut aussi stipuler que la réception provisoire a lieu à une date précise et fait l'objet d'un procès-verbal daté et signé par les parties. En

cas de survenance d'anomalies, ce procès-verbal fait mention de ces dernières, ainsi que du délai octroyé pour les corriger. Enfin, le contrat prévoit parfois que la réception provisoire ne peut avoir lieu tant que les tests révèlent des anomalies ou dysfonctionnements (mineurs ou importants). Dans ce cas, il est conseillé d'obliger le client à motiver son refus de procéder à la réception provisoire et inviter le fournisseur à mettre fin à ces anomalies endéans un délai déterminé. Ces variantes peuvent être illustrées comme suit :

- « La réception provisoire est considérée comme acquise trente jours après la signature du procès-verbal d'installation technique ou, à défaut, soixante jours après la signature de la présente convention. »
- « La réception provisoire intervient dans le délai stipulé à l'annexe. Un bon de remise est ratifié par les parties de même qu'un procès-verbal de réception provisoire. Si ce dernier comporte des réserves, il précise les modalités de levée des réserves, notamment les délais, pour parvenir à la réception définitive selon la procédure prévue en annexe. »
- « La réception provisoire intervient globalement suivant les modalités prévues à l'annexe technique. Elle résulte du jeu d'essai effectué par le fournisseur en présence du client, au moment de l'implantation ou de la mise à disposition dans ses locaux, lequel vérifie la conformité sur tests (exécution du programme d'essai).

A défaut de précision à l'annexe technique, le jeu d'essai est créé par le fournisseur qui le remet au client X jours avant la date prévue pour la réception provisoire. Le client est tenu de formuler ses éventuelles observations motivées et par écrit dans les X jours qui suivent cette

remise. A défaut, le jeu d'essai est considéré comme validé.

Le bon de livraison ou de remise ratifié par le client emporte reconnaissance de l'effectivité des jeux d'essai et vaut procès-verbal de réception provisoire. Dans le cas de réserves, celles-ci sont consignées au procès-verbal, lequel indique les modalités de levée des réserves.

La réception provisoire est une obligation pour le client. Il ne peut la refuser qu'en cas de non-conformité prouvée par rapport aux fonctionnalités contractuelles. »

- « Le fournisseur fournit le logiciel dans un délai de X mois à dater de la conclusion du contrat. Le client doit fournir des jeux d'essai élaborés par lui ou avec une assistance du fournisseur X jours avant la fourniture du logiciel. Le fournisseur assiste le client dans l'élaboration des jeux, à sa demande, sans frais supplémentaires. Le fournisseur traite ces jeux d'essai dans les X jours ouvrables suivant leur réception. Le client constate les erreurs éventuelles apparaissant à l'issue de ces traitements et les notifie par écrit au fournisseur dans les dix jours suivant la communication des résultats. Le cas échéant, le fournisseur corrige les erreurs dans un délai de X jours. Le client signe le bon de réception provisoire après avoir constaté la correction effective de ces erreurs et le respect total des fonctionnalités. »
- « La réception provisoire du système est prononcée conformément à l'échéancier défini à l'annexe. Sauf remarque écrite de la part du client, la réception provisoire du logiciel est prononcée dans les trente jours suivant la date de son installation par le fournisseur chez le client. Elle

est constatée par un procès-verbal daté et signé par les parties.

Dans le cas où la réception provisoire ne peut être prononcée du fait d'un dysfonctionnement du système détecté par le client, le fournisseur met en œuvre tous les moyens dont il dispose pour fournir une nouvelle version qui remédie à l'anomalie de fonctionnement. Le client dispose alors d'un délai de dix jours à compter de l'installation de la nouvelle version pour faire part de ses remarques. Passé ce délai, la réception provisoire du logiciel est prononcée.

Tout élément logiciel livré et utilisé de manière opérationnelle en production par le client est considéré comme réceptionné. »

A la suite de la réception provisoire, une nouvelle période de tests est nécessaire avant de procéder à la réception définitive du système. En pratique, cette période peut durer de quelques jours à un an après la réception provisoire, suivant la complexité du système mis en service. Elle permet aux parties de vérifier le bon fonctionnement du système dans l'environnement de production. En effet, il ne suffit pas de constater la conformité du système dans l'environnement de tests (objet de la réception provisoire), toujours très artificiel. Encore convient-il de s'assurer que le produit fonctionne correctement dans des conditions normales d'exploitation au sein même de l'entreprise cliente. L'utilisateur a intérêt à ce que la période de temps qui sépare les deux réceptions soit suffisamment longue afin de permettre la mise en lumière de tous les vices de conformité, qui sont en principe à la charge du fournisseur jusqu'à la

réception définitive. Cette période doit permettre de tester des fonctionnalités qui sont peu utilisées et qui auraient pu échapper aux tests préalables.

Jusqu'à la réception définitive, le fournisseur reste en principe tenu de son obligation de délivrance. A ce titre, il doit, dans le délai convenu entre les parties, corriger à ses frais les anomalies décelées et éventuellement procéder aux mises au point nécessaires. A défaut, le client pourrait refuser de procéder à la réception définitive⁷⁴.

Le contrat stipulera utilement le moment auquel les parties doivent procéder à la réception définitive⁷⁵ et l'obligation de constater celle-ci dans un procès-verbal daté et signé. Il précisera également si la découverte d'anomalies a pour effet de reporter la date de la réception ou si celles-ci font seulement l'objet de réserves dans le procès-verbal, avec l'obligation pour le fournisseur d'y mettre fin dans un délai déterminé. Il arrive parfois que les parties fassent appel à un tiers expert pour décider si le système est conforme et peut ainsi donner lieu à la réception définitive.

Une fois la réception définitive prononcée, le fournisseur est, en principe, libéré de son obligation de délivrance (*cf. supra*, II, spéc. 1, *d*), et 2). Ainsi, si ces anomalies viennent à être constatées ultérieurement, elles relèvent de l'éventuelle garantie conventionnelle ou du contrat de maintenance, sauf pour le client à se prévaloir de la garantie légale. De plus, rappelons qu'en pratique, la réception définitive conditionne souvent le paiement de la dernière tranche. Pour ces raisons, les parties ne peuvent se permettre aucun flou dans la définition de la procédure de réceptions.

74. Il n'est pas rare que le contrat exige que ce refus soit motivé.

75. Pour les raisons évoquées précédemment, il n'est pas rare que les fournisseurs soient très prudents dans la fixation contractuelle des délais et ajoutent parfois que ceux-ci n'ont qu'une valeur indicative.

Dans l'hypothèse où le contrat passerait sous silence le moment de la réception définitive, rappelons que la jurisprudence a considéré que, dans certaines circonstances, celle-ci peut être tacite.

Par ailleurs, il n'est pas rare de voir, dans les contrats, d'une part, la fixation de la durée de la période séparant les réceptions provisoire et définitive et, d'autre part, une clause selon laquelle « le client reconnaît que l'utilisation du logiciel de manière opérationnelle en production implique la réception définitive de sa part ». Nous émettons des doutes quant à la validité de pareille clause. Quel est l'intérêt de fixer un délai (minimum) contraignant si c'est pour réduire à néant un tel délai par le seul fait d'utiliser le produit en production ? Cela revient à reprendre d'une main ce que l'on a donné de l'autre. De plus, en pratique, cette clause empêche le contrôle de conformité entre la réception provisoire et la réception définitive puisque cette dernière est présumée dès l'utilisation du logiciel de manière opérationnelle en production, soit directement après la réception provisoire.

Les clauses relatives à la réception définitive, parfois très semblables à celles relatives à la réception provisoire, peuvent se présenter comme suit :

- « La réception définitive est considérée comme acquise trente jours après la signature du procès-verbal de réception provisoire ou, à défaut, soixante jours après la signature de la présente convention, sauf si, entre-temps, le client notifie par écrit au fournisseur qu'il a rencontré des anomalies, incidents, erreurs imputables aux logiciels concédés ou un défaut de fonctionnement par rapport aux spécifications décrites dans la documentation délivrée par le fournisseur. Le cas échéant, ce der-

nier met en œuvre tous les moyens raisonnables pour remédier à ces problèmes dans une limite de temps raisonnable. Sur la base de la résolution de ces problèmes, le logiciel concédé est considéré comme réceptionné définitivement. »

- « Sauf remarque écrite de la part du client, la réception définitive du logiciel est prononcée dans les trois mois suivant la date de réception provisoire. Elle est constatée par un procès-verbal daté et signé par les parties.

Dans le cas où la réception définitive ne peut être prononcée du fait d'un dysfonctionnement du système détecté par le client, le fournisseur met en œuvre tous les moyens dont il dispose pour fournir une nouvelle version qui remédie à l'anomalie de fonctionnement. Le client dispose alors d'un délai de dix jours à compter de l'installation de la nouvelle version pour faire part de ses remarques. Passé ce délai, la réception définitive du logiciel est prononcée.

Le client est avisé et admet qu'une certaine marge de difficulté et qu'un certain taux d'indisponibilité est admissible ; ce dernier peut être précisé à l'annexe technique. »

- « Dès la signature du procès-verbal de réception provisoire, le client dispose de soixante jours calendrier pour faire part, par écrit, de ses observations au prestataire. Si le client ne réagit pas dans ce délai, les parties procèdent à la réception définitive du site web. Si le client formule des observations dans ce délai, le prestataire dispose de quinze jours calendrier après la date d'envoi des observations du client pour procéder à ses frais aux modifications nécessaires. Le client dispose alors de

quinze jours calendrier à dater de la date d'envoi par le prestataire de la version corrigée pour examiner la pertinence des amendements ainsi effectués et, éventuellement, formuler de nouvelles observations. Le cas échéant, le prestataire dispose d'un ultime délai de quinze jours calendrier pour finaliser à ses frais le site web sur la base des observations formulées par le client.

La réception définitive du site web est réalisée au plus tôt soixante jours calendrier après la signature du procès-verbal de réception provisoire. Pour produire ses effets, la réception définitive doit être constatée par un procès-verbal écrit daté et signé par les parties.

Afin de procéder aux réceptions provisoire et définitive, chaque partie désigne un chef de projet auquel toutes les notifications contractuelles sont valablement effectuées. Les chefs de projet ou leur délégué examinent contradictoirement l'état d'avancement des travaux. »

Il est très fréquent que le fournisseur fasse appel à un ou plusieurs sous-traitants pour l'accomplissement de ses obligations. Le cas échéant, le fournisseur sera attentif à ne pas oublier d'associer le sous-traitant lors des étapes de réceptions provisoire et définitive. Pour des questions de responsabilités, le fournisseur prévoira également, dans le contrat avec son sous-traitant, que la réception lui est opposable dans l'hypothèse où, dûment convoqué, il n'assisterait pas aux opérations de validation avec le maître de l'ouvrage principal. Ceci est particulièrement important dans l'hypothèse où, lors des

réceptions, le maître de l'ouvrage émet des réserves relatives aux prestations effectuées par le sous-traitant.

2. La garantie conventionnelle de bon fonctionnement

Dans les contrats informatiques, qu'ils soient qualifiés de vente ou d'entrepreneurie, il est courant qu'une garantie conventionnelle, dite aussi de bon fonctionnement, soit offerte par le fournisseur au client. La doctrine dominante enseigne que c'est en termes de complémentarité qu'il faut analyser les rapports entre la garantie conventionnelle et la garantie légale⁷⁶, en ce sens que les avantages de la garantie conventionnelle s'ajoutent à la protection déjà offerte par la garantie des vices cachés. L'on aurait tort, en tout cas en matière de vente, d'analyser la garantie conventionnelle uniquement sous l'angle des éventuelles restrictions qu'elle implique par rapport à la garantie légale⁷⁷.

En pratique, et sous réserve du contenu réel de la garantie conventionnelle qui peut être fixé librement en vertu du principe de l'autonomie de la volonté, la différence de régime est souvent notable. La garantie conventionnelle couvre, en général, tous les défauts de la chose, alors que la garantie légale ne vise que les défauts cachés, qui présentent une certaine gravité et qui existent antérieurement au transfert de propriété. Par ailleurs, il est généralement prévu que le client peut obtenir, en cas de survenance d'un vice, soit la réparation, soit le remplacement de l'objet vicié, alors que la garantie légale permet seulement d'obtenir la résolution du contrat ou une réduction de prix (sans préjudi-

76. P. ANCEL, « La garantie conventionnelle des vices cachés dans les conditions générales de vente en matière mobilière », *Rev. trim. dr. com.*, 1979, pp. 203-229 ; C. JASSOGNE, « La garantie découlant de la vente : principes et clauses particulières », *op. cit.*, pp. 438-449 ; E. MONTERO et X. THUNIS, *op. cit.*, n° 750.

77. Pour une approche sous un tel angle, V. PIRSON, *op. cit.*, n° 25 à 29.

ce des dommages et intérêts complémentaires si le vendeur connaissait – ou devait connaître – les vices de la chose).

Trop souvent, on constate que le contenu de la garantie conventionnelle est lacunaire. Ainsi en est-il lorsqu'elle omet de préciser qu'en cas de remplacement d'une pièce défectueuse, un nouveau délai de garantie commence à courir pour cette pièce. Elle pêche aussi par imprécision lorsqu'elle reste muette sur les délais d'intervention du fournisseur. Enfin, rare sont les clauses qui prévoient une suspension de la garantie conventionnelle dans l'hypothèse de l'immobilisation du système et la possibilité pour le client de travailler sur un équipement de secours.

La garantie conventionnelle peut être exprimée en ces termes :

- « La garantie consiste en la réparation ou l'échange des pièces reconnues défectueuses par le fournisseur. Elle s'applique à toutes les pièces, sauf à celles dont la durée normale de fonctionnement est inférieure à la durée de garantie ... notamment les transistors, diodes et autres composants qui relèvent seulement de leur éventuelle garantie d'origine. » (clause tirée d'un contrat de matériel)
- « Le fournisseur s'engage, au titre de la présente garantie contractuelle, depuis l'installation technique jusqu'au prononcé de la réception défi-

nitive du système d'information, à mettre en œuvre tous les moyens dont il dispose ou devrait disposer pour remédier, sans aucuns frais pour le client, aux anomalies, incidents, erreurs ou défauts de fonctionnement. Si la demande d'intervention est motivée par un incident non imputable au système d'information tel que livré par le fournisseur, ce dernier facturera le temps passé au tarif de régie défini à l'Annexe 1 » (clause tirée d'un contrat portant sur la fourniture d'un progiciel paramétré)

Spécialement en matière informatique, on sera attentif au fait que la garantie conventionnelle, présentée par le fournisseur comme un sacrifice commercial, s'apparente parfois plus à un « cadeau empoisonné » ou, à tout le moins, à un « faux cadeau » ! Cela découle notamment du point de départ et de la durée de la garantie conventionnelle. Le client peut s'estimer satisfait si la garantie couvre une durée de plusieurs mois, voire d'un an⁷⁸, et si elle prend effet à dater de la réception définitive. En effet, dans ce cas, le client peut ainsi éviter de devoir payer l'éventuelle maintenance-correction (en matière de logiciel) pendant la période de la garantie. Par ailleurs, il dispose d'une protection plus efficace que la garantie légale⁷⁹.

Par contre, la situation est moins favorable si la garantie de bon fonctionnement se situe entre la réception provisoire et la réception définitive, ce qui est fréquent en matière informa-

78. Ce délai fixé au contrat est en fait la période pendant laquelle le vice doit se révéler pour être couvert par la garantie conventionnelle. Passé ce délai, le client pourra encore agir sur la base de la garantie légale. Ce délai ne doit pas être confondu avec l'éventuelle clause qui détermine contractuellement la durée du « bref délai » pour agir sur la base de la garantie contre les vices cachés. Cf. P. ANCEI, *op. cit.*, p. 207.

79. A cet égard, il a été dit plus haut que les deux garanties ne s'excluent pas mutuellement. En d'autres mots, le client désavantagé par une disposition de la garantie conventionnelle ou ne remplissant pas les conditions requises pour en bénéficier, peut toujours invoquer la garantie légale. Cela signifie aussi que le fait d'avoir mis en œuvre la garantie conventionnelle (p. ex. en demandant un remplacement ou une réparation) n'empêche pas le client d'invoquer ultérieurement, même si le délai de garantie conventionnelle est dépassé, la garantie légale. Mais la question ne se pose en pratique que si les deux garanties se superposent temporellement, ce qui est le cas lorsque la garantie conventionnelle commence à courir à dater de la réception définitive.

tique. A cet égard, on peut se demander si, durant cette période, l'obligation de délivrance conforme et la garantie conventionnelle sont complémentaires ou si la seconde vise à préciser « à la baisse », soit à limiter, la première. Si elles sont complémentaires, on ne voit pas l'intérêt juridique de consacrer une telle garantie car tout défaut qui ne rentrerait pas dans le cadre de celle-ci relèvera de toute façon de l'obligation de délivrance conforme. La réparation du matériel défectueux ou la correction des erreurs de logiciel sera, en toute hypothèse, à charge du fournisseur. Par contre, si la garantie conventionnelle n'est, en définitive, qu'une manière de déterminer contractuellement l'objet et les conditions de mise en œuvre de l'obligation de délivrance, elle pourra être envisagée, le cas échéant, comme une clause limitative de responsabilité et sera dès lors soumise aux limites assignées à ce genre de clauses.

Enfin, on constate qu'en pratique, la garantie conventionnelle stipulée dans les contrats informatiques est fréquemment soumise au respect de certaines conditions, le non-respect de celles-ci ayant pour effet d'exclure l'application de la garantie. En fait, pour bénéficier de la garantie conventionnelle, l'utilisateur n'a pas à démontrer l'antériorité du vice (celle-ci est conventionnellement présumée) ; par conséquent, il appartient au fournisseur de renverser la charge de la preuve (mauvaise utilisation de la part du client, emploi d'accessoires non agréés, interventions de tiers sur le matériel ou les logiciels ...). Ces conditions paraissent justes ; elles s'inscrivent dans l'économie générale de la garantie. Leur énoncé a le mérite de la clarté pour le client. Cela étant, on peut s'interroger sur le contenu réel et l'intérêt de la garantie lorsque la liste des conditions apparaît démesurément longue.

La clause reproduite ci-après illustre l'hypothèse d'une garantie conventionnelle en matière de logiciel soumise à des exclusions. Le lecteur appréciera.

« Pendant une durée de nonante jours après la signature du procès-verbal d'installation technique ou, à défaut, après la signature de la présente convention, le concédant s'engage exclusivement, pour autant que le licencié l'en informe immédiatement par écrit, à mettre en œuvre tous les moyens dont il dispose pour remédier à ses frais à toutes anomalies, incidents, erreurs imputables aux logiciels concédés ou défaut de fonctionnement par rapport aux spécifications décrites dans la documentation délivrée par le concédant. Si le concédant est incapable d'y remédier dans une période de temps raisonnable, le licencié peut, à l'exclusion de tout autre recours, mettre fin aux licences relatives aux logiciels concédés non conformes et obtenir le remboursement des montants facturés y relatifs.

Le concédant n'est toutefois pas tenu par la garantie définie au paragraphe précédant dans le cas où le licencié :

- ne respecte pas l'une des obligations mises à sa charge par la présente convention ;
- utilise un logiciel concédé sur un système informatique autre que le système informatique désigné, avec d'autres applications que celles mentionnées à l'annexe ou à d'autres fins que celles pour lesquelles les logiciels concédés sont destinés ;
- est responsable de négligence ou de mauvais usage ;
- modifie ou altère, de manière quelconque, un logiciel concédé ;
- utilise du matériel qui ne respecte pas les spécifications mentionnées dans la documentation remise par le concédant ;
- effectue, sans accord préalable et

écrit du concédant, une installation matérielle ou logicielle sur les machines sur lesquelles sont installées le système ;

- installe le système dans un environnement inadéquat.

A l'issue de cette période de garantie ou en cas d'exclusion de la garantie, les interventions du concédant sont réalisées dans le cadre de la maintenance et selon les tarifs fixés à l'annexe.»